



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

El régimen especial de pensiones de la Fuerza Pública: algunas reflexiones respecto a su carácter especial

Angela Viviana Soler Ruiz¹

Universidad Católica de Colombia

Resumen

Previendo la existencia de un régimen pensional de carácter especial para los miembros de la Fuerza Pública, el actual documento indaga sobre la eventual vulneración de los principios generales que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Colombia (SGSS) y, en consecuencia, los principios del Sistema General de Pensiones (SGP). Esto, toda vez que se considera que, esta situación de especial asignación de derechos prestacionales, en la

¹ Artículo de grado presentado como requisito parcial para optar al grado de abogada de la Universidad Católica de Colombia. Código estudiantil 2110978. Correo: avsoler78@ucatolica.edu.co, Directora de grado Angela Niño Chavarro.

actualidad puede ser injustificada teniendo en cuenta, entre otros factores, la superación de la situación de conflicto armado que atraviesa el país, el cual fue en su momento uno de los argumentos presentados a favor del otorgamiento de esta excepcionalidad en el régimen pensional de la Fuerza Pública y, reconociendo la sostenibilidad fiscal del sistema, siendo necesario evaluar su continuidad a tenor del pasivo pensional que este genera.

Palabras claves: Sistema pensional colombiano; Regímenes especiales; Fuerza Pública; Sistema General de Seguridad Social (SGSS); Colombia; Sistema General de Pensiones en Colombia (SGP); Derechos prestacionales.

Abstract

Anticipating the existence of a special pension regime for members of the Public Force, the current document inquiries about the possible violation of the general principles that govern the General Social Security System in Colombia (SGSS) and, consequently, the principles of the General Pension System (GSP). This, since it is considered that, this situation of special allocation of benefits rights, nowadays could be unjustified, keeping in mind other factors such as, the end of armed conflict that lived the country, which was in that moment one of the arguments presented in favor of the granting of this exceptionality in the pension system of the Public Force and, recognizing the fiscal sustainability of the system, being necessary to evaluate its continuity according to the pension liability generated.

Keywords: Colombian pension system; Special regimes; Public force; Principles of the General Social Security System in Colombia (SGSS); Principles of the General Pension System in Colombia (GSP); Benefit rights.

Sumario

Introducción. 1. Principios rectores del Sistema General de Pensiones en Colombia. 2. Estructura del sistema pensional colombiano. 3. Composición del régimen pensional especial de la Fuerza Pública. 4. Los derechos prestacionales especiales de la Fuerza Pública. 5. Elementos relevantes de la discusión jurisprudencial en relación con el régimen especial de la Fuerza Pública y principios generales de la seguridad social. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Conforme a la aplicación de los principios que rigen el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI) en Colombia y, en consecuencia, del Sistema General de Pensiones (SGP), se establece la existencia de regímenes aplicables de manera generalizada a toda la población colombiana en etapa productiva, como ciertamente ocurre con la existencia de un Régimen de Prima Media (RPM) y, el Régimen de Ahorro Individual Solidario (RAIS) (Jaramillo, 2018).

Sin embargo, se encuentra que, desde su creación, estos regímenes han coexistido también con unos regímenes especiales o exceptuados², a los cuales tienen derecho ciertos servidores públicos; esto, bajo la justificación de su rol en la sociedad, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública (Caicedo, 2009). Ciertamente, ello se podría justificar, entre otras razones, por la exposición que estos tienen a situaciones de violencia armada sobre la base de la existencia de un conflicto armado en el país (Pérez, 2011).

Con todo y lo poco popular que puede ser sugerirlo, se podría cuestionar la constitucionalidad que este tratamiento prestacional especial tiene, máxime teniendo en cuenta la firma de Acuerdo con la en otrora guerrilla de las FARC, hoy partido político, significó el desmantelamiento de parte importante de esta situación de conflicto en el país (Tesillo, 2016); también, sobre la base del impacto fiscal que tiene su sostenimiento (Cruz y Ortega, 2010).

En atención a lo anterior, se presenta el actual documento de investigación a través del cual se pretende generar un análisis socio-jurídico que parta por indagar si esta especialidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la Fuerza Pública significa una vulneración de los principios generales del SGSS y el SGP, y, también direccionado, a conocer la

² En la mención a regímenes especiales o exceptuados, no se debe hacer diferenciación entre estos, pues refieren a lo mismo; esto es, regímenes especiales o con excepciones aplicado a trabajadores o servidores públicos en materia de seguridad social, cuando se pertenece a alguno de los grupos que han sido cobijados con esta excepcionalidad o especialidad. Por lo anterior, en adelante se estará haciendo referencia indistinta a régimen especial o exceptuado.

justificada excepcionalidad del tratamiento, en vista de que se tratara de una situación constitucionalmente soportada.

Dicho lo anterior, se presenta la pregunta de investigación orientadora, siendo esta la de conocer el ¿Si es contrario a los principios del Sistema General de Pensiones (SGP) el régimen especial pensional de la Fuerza Pública? En consecuencia, se quiere verificar si este tratamiento especial es contrario al orden constitucional, toda vez que este podría contrariar tanto los principios generales de igualdad material y equidad, como de equilibrio fiscal, siendo ello lo que se pretende validar o contrariar con el desarrollo del documento, o si, por el contrario, su exposición a situaciones de conflicto armado³ les debe justificar esta excepcionalidad.

1. Principios rectores del Sistema General de Pensiones en Colombia

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se crea el actual SSSI, se crea a su vez el SGP colombiano que rige en la actualidad, que como se expondrá en adelante, en su estructura se encuentra dividido en dos grandes regímenes, a los cuales se suman el excepcional, que es a su vez el sistema que rige a la fuerza pública (Ayala y Acosta, 2002); cuya configuración responde a unas condiciones específicas sobre las cuales se ahondará en las siguientes secciones del documento.

Conviene entonces, antes de pasar a este detalle, exponer la generalidad del sistema. Para esto, y como punto de partida, se propone el analizar lo correspondiente a los principios que rigen el sistema. En este orden de ideas, se puede afirmar que, si bien estos se encuentran expresados en la Ley 100 de 1993, su desarrollo corresponde a lo enunciado en diferentes

³ Aunque se puede afirmar que los Acuerdos logrados con la extinta guerrilla de las FARC fueron presentados a la opinión pública como los Acuerdos de Paz, no se desconoce que con todo y lo benéfico que resultaron estos Acuerdos en términos de la reducción de la violencia armada, en el país todavía existen otros conflictos armados, de manera que, se podría afirmar que la situación de conflicto armado aún persiste, y ello también se debe tener en cuenta al elaborar el argumento final respecto a la aplicabilidad en la actualidad de un régimen pensional exceptuado sobre la Fuerza Pública.

artículos de la Constitución, como es el caso del artículo 48, el cual ha sido objeto de reforma constitucional, y sobre el cual se pueden extraer los siguientes apartados:

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...).

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigor de este acto legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. (...).

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones. (Constitución Política de Colombia [Const.], art. 48)

A propósito de este artículo, este también hace mención al régimen exceptuado de la Fuerza Pública, aunque sobre ello se estará profundizando más adelante; por el momento, sirva la mención al artículo constitucional, para señalar que, en correspondencia con lo allí dispuesto, se establece un panorama de aplicabilidad de un sistema pensional, basado en la función jurídica de derecho fundamental, lo cual por ejemplo debe llevar a que este se planee y desarrolle a fin de ser otorgado en lo posible a todo nacional que entre en etapa de vejez o invalidez permanente productiva.

Y en efecto, esta, que sería la universalidad, es puesto como uno de los seis principios rectores del SGP, estipulado así en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, los cuales en su totalidad son a saber: 1) eficiencia, 2) universalidad, 3) solidaridad, 4) integralidad, 5) unidad, 6) participación, anotando como parágrafo adicional que: “la seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida” (Ley 100 de 1993, art. 2).

Visto así, los anteriores deben ser principios que deben converger hacia la progresividad en la materialización de los derechos sociales prestacionales (Castillo, 2006), sobre lo cual se ha pronunciado el Alto Tribunal Constitucional en el sentido de definir que este principio de progresividad y prohibición de regresividad, implica que el Estado adelante acciones encaminadas en el orden de las cosas, hacia la progresividad en el reconocimiento de este tipo de derechos, aunque, en todo caso, aclarando que:

El mandato de progresividad implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social. (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-228)

Los párrafos anteriores no solo permiten entonces tener un panorama más claro sobre la estructura en materia de principios que rige el SGP colombiano, sino también, adicionalmente permite considerar un escenario más claro de la manera como se logra la aplicabilidad en términos de la progresividad, el cual, se considera que puede estar en el fondo de la discusión en el evento de cuestionar como se hace en el actual documento, la constitucionalidad de un régimen exceptuado para la Fuerza Pública, a tenor de lo dispuesto en las normas comentadas, y demás que las desarrollan.

2. Estructura del sistema pensional colombiano

El cambio en el sistema de seguridad social en Colombia, y con este, el de pensiones, básicamente significó una transformación profunda de lo que con anterioridad era en general el sistema de pensiones, monopolizado hasta entonces por el Estado colombiano bajo la administración del ya liquidado Instituto de los Seguros Sociales (ISS), aunque también coexistiendo con otras administradoras especiales, como la que entonces le correspondía al Magisterio o en la actualidad a la Fuerza Pública (Avella, 2010).

La nueva configuración del régimen pensional colombiano permitió entre otros aspectos, dar paso a nuevos operadores privados de pensiones identificados como Administradoras de Fondos de Pensiones [AFP]; de otra parte, continuó el ISS, aunque en la reorientación estatal de la administración de pensiones en el país, esta fue liquidada dando paso a la que en la actualidad se conoce como Administradora Colombiana de Pensiones [Colpensiones] (Melo y Ramos, 2017).

Otra modificación estructural, correspondió a la puesta en marcha de los dos grandes regímenes pensionales, a los cuales puede optar cualquier trabajador que cotice a pensión en el país: de una parte, se encuentra el régimen al cual se encuentran adscritos las AFP, que es el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad [RAIS]; de otra parte, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida [RPMPD], el cual es administrado por Colpensiones (Duque y Duque, 2016)

Como se ha presentado, la estructura general del SGP permite la coexistencia en principio, de dos regímenes que tienen condiciones diferentes; al respecto, bien se puede señalar que; el RAIS, se trata de un ahorro individual que proyecta la pensión en función de los ahorros alcanzados y, que el RPMPD, proyecta el valor de la pensión a partir del ahorro logrado en los últimos 10 años, siendo en este régimen requisito obligatorio cumplir con la edad de pensión y semanas cotizadas simultáneamente (Torres, 2016).

Frente a su financiamiento y sostenibilidad, en lo que corresponde al RAIS, se recuerda entonces que este es un sistema de ahorro previsional, y, en este sentido, las cotizaciones de los trabajadores son en estricto sentido ahorro que este hace para el financiamiento posterior

de su pensión, de tal manera que más allá del descuento del 3%, para cubrir administración y seguro contra muerte e invalidez en etapa productiva, el mecanismo de ahorro es en sí sostenible, salvo los casos de crisis financiera, aunque por la naturaleza del ahorro, este cuenta con seguro frente a esta contingencia (Hernández, 2009).

Quizá entonces, en términos de financiamiento y sostenibilidad, la mayor mirada deba ser puesta sobre el sistema público, RPM; esto, toda vez que a diferencia del RAIS, el dinero originado en cotizaciones no se va a cuentas de ahorro individual, sino a un fondo común que es con el que se financia el pago a quienes ya se encuentran pensionados, de tal suerte que para lograr una sostenibilidad, debe existir un número conveniente de cotizantes, so pena de que el Estado sea quien entre a financiar estas pensiones (Duque y Duque, 2016).

Es allí como se advierte, donde se pone el ojo en términos de financiamiento del SGP, sumado a lo que tiene que ver con el pasivo pensional que deja la administración del extinto ISS, lo cual ha conducido que en el Presupuesto General de la Nación, sea una constante el giro de recursos para este rubro, descotando otros debates como el que tiene que ver con la administración de los recursos que alimentan el sistema vía cotización, que en ocasiones ha sugerido el Gobierno Nacional no sean recursos exclusivos destinados a gasto pensional, sino que puedan ser recursos abiertos a la administración del Gobierno Nacional (Cruz, 2018).

El RPM, contempla al igual el pago de subsidios pensionales, los cuales se asignan de acuerdo al valor que alcance la pensión de la persona; por su parte, el RAIS colecta el 1,5% de los aportes, con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima [FGPM] por medio del cual se garantiza la pensión mínima (equivalente a un salario mínimo), otorgada en los eventos que la persona alcanza el número de semanas, pero su capital logrado no alcanza a cubrir el cálculo para la asignación de una pensión (Bosch, Berstein, Castellani, Oliveri y Villa, 2015).

Los anteriores, se presentan entonces como los dos grandes regímenes que son parte estructural del SGP colombiano, sin embargo, al margen de estos, se pueden encontrar al igual regímenes especiales o exceptuados, basados en la concesión de especialidad otorgada a los trabajadores vinculados a este, sobre la base de vínculo de sujeción especial con la

administración pública, como es en la actualidad el caso de la Fuerza Pública, y en otrora, Magisterio, Ecopetrol, Universidades Públicas, entre otros (Valero, 2016).

Se debe señalar que, aunque en la actualidad aún existen varios regímenes especiales, la admisión de nuevos cotizantes tan solo se puede dar en el caso del régimen aplicable a la Fuerza Pública y al Presidente de la República, de manera que los demás regímenes exceptuados se encuentran en etapa de transición, donde se le ha respetado a los trabajadores que ya tenían un derecho adquirido las condiciones antes causadas, pero los nuevos trabajadores, por ejemplo, del Magisterio, deben elegir entre el RAIS y el RPM (Santamaría y Piraquive, 2013).

Este cambio que se produce en el caso del Magisterio, aunque también sucede igual con los trabajadores de las Universidades Públicas y trabajadores de Ecopetrol, son los que se considera se podrían simular en el cambio de la condición del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública, sobre el cual según lo visto en el desarrollo del documento, es un tema más de enunciación normativa que de un justificativo jurídico social por el cual se conduzca a reconocer tal excepcionalidad, siendo este asunto el que proyecta la realización de la parte final del documento.

Para el caso, se reconoce que la Constitución Política de 1991 predica en su artículo que la seguridad social es un derecho económico y social de carácter fundamental e irrenunciable que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, sin embargo, al momento de dar mención al particular de la concepción normativa de estos regímenes especiales, se debe dar mención a la expedición de la Ley 4 de 1992 (Muñoz y Esguerra, 2012).

La norma en comento es en tanto la base de análisis a la cual se debe sujetar posteriormente la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones normativas que la desarrollan, en la tarea de considerar justificada su excepcionalidad (Defensoría del Pueblo, 2012). Sobre su particularidad se quiere avanzar en las secciones siguientes del documento, pues resulta necesario comprender la manera como esta encuentra armonía con las disposiciones normativas que permiten la existencia de regímenes exceptuados.

3. Composición del régimen pensional especial de la Fuerza Pública

Partiendo de los referentes conceptuales y normativos planteados hasta lo que corre del actual documento, bien se podría establecer que, si bien es la Constitución de 1991 es la que en principio ha fijado las directrices normativas para la garantía de los derechos prestacionales, entendiendo estos contenidos en la garantía de una seguridad social reconocible a todo trabajador, en temas pensionales generales, es la Ley 100 de 1993, donde encuentra la mayor regulación esta materia.

Sin embargo, conviene hacer una vez más referencia a lo señalado en el artículo 48 Superior, y su modificación a través del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual señala en uno de sus apartes que: “a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo” (Const., art. 48), lo cual conduce a reconocer una intención legislativa en términos de reducir al máximo los regímenes exceptuados.

Quizá no se deba pasar por alto que el artículo en comento señala que “los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones” (Const., art. 48), grupo al cual pertenece por ejemplo, los servidores públicos del Cuerpo Técnico de Investigación [CTI] de la Fiscalía General de la Nación, lo cual puede llevar entonces al debate de si es la labor de la Fuerza Pública al ser de alto riesgo, merecería ser incluida en este grupo y no por aparte.

El bosquejo entonces del desarrollo del problema de investigación planteado en el documento deja entonces un panorama de protección prestacional especial para los miembros de la Fuerza Pública, que se soporta en enunciados constitucionales; sin embargo, la cuestión allí es hasta qué punto esto riñe con otros enunciados, desde donde desprende por ejemplo los principios del SSSI, incluso normativos, en atención a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 o Ley 860 de 2003, siendo esto lo que se pretende resolver en lo que resta del documento.

Como se ha planteado, la coexistencia de los denominados regímenes especiales ha sido en función de la relación especial de sujeción con el Estado, normativamente ello enunciado en una norma anterior a la Ley 100 de 1993, como lo es la Ley 4 de 1992, cuyo desarrollo normativo lleva entre otras disposiciones, al Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se hicieron unas modificaciones que incidieron tanto en los regímenes generales, como en los especiales o exceptuados, siendo el resultado final la continuidad tan solo del régimen especial de la Fuerza Pública.

Sin ser una tesis que se pueda demostrar con facilidad, quizá lo anterior ha sido también efecto de la relación de tradición, respeto y complacencia que asume la sociedad colombiana para con la Fuerza Pública, en especial para con las Fuerzas Militares, reproducida en igual sentido por el Congreso de la República; no obstante, sin descuidar el contenido de diferentes artículos de la Constitución Nacional como es el caso del artículo 217 con referencia a la especialidad de la fuerza.

El artículo previamente indicado, contenido en el Título Constitucional “De la Fuerza Pública”, artículos 216-223, fija que, a la Fuerza Pública, compuesta por el cuerpo de Policía Nacional y Fuerzas Militares, se le “determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio” (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991, art., 217).

A primera vista parece entonces constitucionalmente justificado la existencia de un régimen especial prestacional para el personal militar y de policía de la Fuerza Pública nacional, sin embargo, la cuestión que surge entonces allí iría en la línea de cuestionar qué tan especial debe ser este régimen prestacional de carrera, y si cuestiones como la disminución del conflicto armado, debe incidir en la redefinición de las garantías prestacionales otorgadas a estos servidores públicos.

Sea entonces esta la antesala para definir si se encuentra justificado o no este tratamiento prestacional especial, y la caracterización que debe tener este, lo cual se entra a revisar en las siguientes secciones del documento, en tarea a realizar no sin antes revisar en

el detalle la Ley 4 de 1992 y normas que la desarrollan, sobre lo cual se estará profundizando a continuación.

4. Los derechos prestacionales especiales de la Fuerza Pública

En materia pensional, la Fuerza Pública, por razones constitucionales, admite entonces la existencia de un derecho excepcional en su reconocimiento, que incluso es conocida en las fuerzas y en la norma, más que como pensión, como asignación de retiro, pudiendo ser esta reconocida en los casos definidos en la Decretos Ley como el 1790 de 2000, entre otros que desarrollan lo enunciado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que permite su excepcionalidad a esta norma.

En materia, la asignación de retiro contempla la norma, se puede otorgar si se cuenta con 18 años o más de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso; también, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado o, por disminución de la capacidad psicofísica o, por incapacidad profesional; de igual manera, después de 20 años de servicio, por solicitud del propio oficial o suboficial o, porque este sea retirado o separado en forma absoluta.

Lo anterior, se encuentra expresado para el caso del Cuerpo de Policía Nacional, en el Decreto 1858 de 2012, y para el caso de las Fuerzas Militares en el Decreto 1070 de 2015, de conformidad a posteriores normas que los han desarrollado, y que dejan a la actualidad la administración de las pensiones de la Fuerza Pública en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para el caso de los servidores públicos de las Fuerzas Militares y, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en lo que corresponde a los servidores públicos del Cuerpo de Policía Nacional.

En la práctica, la asignación de retiro procede diferente a lo que sucede por ejemplo en el caso del RPM; donde, esta asignación no se genera en función de la edad, sino de conformidad a los años de servicio, esto es, 18, 20 o 25 años, de acuerdo a la manera como

se encuentre cobijado el servidor de Defensa, frente a la expedición del Decreto 4433 de 2004, que a su vez desarrolla lo dispuesto en la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004.

Sin tanto entrar en el detalle de su cálculo, bien sirva mencionar que existen unos detalles técnicos que debilitan la posibilidad de poder considerar su tratamiento conforme al RPM o RAIS, siendo estos los enunciados en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, definidas estas como partidas computables para el reconocimiento final de una mesada pensional, siendo estas las de:

1. Oficiales y Suboficiales:

1.1 Sueldo básico.

1.2 Prima de actividad.

1.3 Prima de antigüedad.

1.4 Prima de estado mayor.

1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

2. Soldados Profesionales:

2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Más allá de los porcentajes que tiene cada una de estas, en cada uno de los casos, para el cálculo final de la asignación de retiro, como se ha planteado estas serían las que en consecuencia pueden entrar a ser desconocidas o pueden ser debilitadas en derecho, frente a la propuesta de tratar de equiparar o trasladar estos regímenes especiales a los aplicables en el caso de todo trabajador colombiano, siendo este el asunto final que se quiere discutir.

Como se ha planteado, se considera que bien esta es una discusión que puede ser abordada en el diálogo entre los factores constitucionales que habilitan la existencia de este régimen especial, y lo que corresponde a los principios generales del SSSI, y de este el SGP, donde se buscaría que, en cumplimiento de los enunciados, se proyectara la discusión. En este orden se avanza a continuación, considerando en principio la justificación en la jurisprudencia que se establece para la existencia del régimen pensional especial de la Fuerza Pública.

5. Elementos relevantes de la discusión jurisprudencial en relación con el régimen especial de la Fuerza Pública y principios generales de la seguridad social

Frente al debate que se plantea, en principio se puede señalar que la Corte Constitucional ha considerado que este tratamiento prestacional especial resultado de una regla legislativa tradicional, la cual se encuentra justificada en el desarrollo de lo enunciado en el articulado contenido en el Título de la Fuerza Pública de la Constitución que, entre otros artículos, establece en el legislativo la capacidad de reglar las condiciones de su excepcionalidad:

Los regímenes laborales especiales tienen su justificación constitucional, de una parte, en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública prevista en el artículo 125 de la Constitución, los cuales conducen a distintas denominaciones de empleos, categorías del servidor y naturaleza de las funciones que se cumplen; todo lo

cual está regido por diversos regímenes salariales y prestacionales. Y, de otra, en el caso de la fuerza pública en la competencia general atribuida al Congreso de la República por virtud de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 constitucionales, para establecer un régimen salarial y prestacional especial. (Corte Constitucional, 2014, Sentencia C-592)

En este sentido, el tratamiento especial otorgado se considera condicionada a la aplicación de los parámetros mínimos sobre los cuales se orienta el legislador para establecer el contenido de esta excepcionalidad, con origen constitucional (López, 2012). Sin embargo, y que ello así suceda, no significa que al respecto la discusión ya se encuentre zanjada, siendo ello sobre lo que se discute a continuación, de conformidad a la posibilidad de lograr que se generen transformaciones constitucionales en la materia.

Volviendo entonces sobre los principios, siendo estos a saber los de: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y, participación, se considera que es en función de la solidaridad sobre el que más se podría dar el debate tendiente a discutir el cambio de la especialidad en el régimen de la Fuerza Pública. En este sentido, conviene en principio señalar el contenido y alcance de este principio, para lo cual se podría ir a la jurisprudencia constitucional que al respecto establece 10 condiciones para su materialización:

(...) en relación con la aplicación del principio de solidaridad en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que (i) éste permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes (...) el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias; (ii) implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto; (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes

deben cumplir con su deber de solidaridad; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna. (Corte Constitucional, 2007, Sentencia C-1000)

Conforme a lo planteado en esta sentencia, los primeros cuatro numerales hacen referencia a los elementos que son propios de naturaleza de la solidaridad en el SGP; esto es la manera como en la generalidad del sistema, se debe apelar a su cumplimiento. Por su parte, los otros seis numerales, hacen referencia a las formas procedimentales en medio de las cuales esta solidaridad se puede lograr, de manera que, entre todos los aportantes e instituciones, se generen estrategias para su consecución.

Planteando esto en términos de lo dispuesto en el régimen especial de la Fuerza Pública, se resalta frente a los primeros cuatro, que la solidaridad en su naturaleza se encuentra

relacionada con los propósitos de lograr sostenibilidad, equidad y eficiencia, condiciones que bien se pueden reclamar de cara a la eliminación del régimen especial de la fuerza pública, puesto que, frente a las condiciones de reconocimiento de la asignación de retiro previamente vistas, estas contrarían los propósitos señalados.

Igual, se puede reclamar que, en la existencia de un régimen especial de la Fuerza Pública, es nula la existencia de un compromiso de solidaridad de parte de estos frente al ejercicio de la solidaridad en relación, por ejemplo, al aporte al fondo de solidaridad que se hace en los regímenes tradicionales (Henao, 2011). En consecuencia, frente a estos primeros cuatro elementos de la solidaridad, se puede decir que el régimen especial de la Fuerza Pública no aporta en su cumplimiento, y por ello, se podría advertir su inconstitucionalidad.

Sin embargo, quedan los otros seis elementos que como ya se señaló, son los que corresponden a la manera como se ejerce la solidaridad en la práctica; frente a estos, lo primero que se puede considerar es que, como lo enuncia el Tribunal Constitucional, este principio no es abstracto ni irrestricto, y es aquí donde se encuentra que los rubros frente a los cuales se establece la asignación de retiro, difieren en parte de los dispuesto para cualquier otro trabajador, de manera que allí se encuentra, como se ha dicho, la principal dificultad para poder generar un traslado en el régimen de la Fuerza Pública.

Se encuentra que, entrar a desconocer estos rubros en un régimen de transición, iría en contravía de los derechos fundamentales de los servidores públicos de la Fuerza Pública, debilitando en este sentido el escenario para pensar en un régimen de transición. En efecto estos trabajadores, por sus condiciones particulares de trabajo, tienen como derechos salariales y prestacionales adquiridos unas condiciones únicas, que en todo caso resulta dispendioso, sino imposible, ser reconocidas en un régimen como el RPM o el RAIS.

Así las cosas, se puede afirmar en tanto que, aunque el régimen especial de la Fuerza Pública es contrario en su contenido a la naturaleza del principio de solidaridad, resulta difícil en la práctica pensar por ello que deba haber un traslado a los regímenes tradicionales. Esto, por cómo se ha dicho, las asignaciones salariales específicas, que limitan por ejemplo la valoración de la asignación de retiro frente a las reglas propias del RPM y el RAIS, sin contar con que, con todo y que así fuera aplicada, se generarían otros factores de

inconstitucionalidad como corresponde a la vulneración de la sostenibilidad del sistema y la equidad.

Sin embargo, lo anterior no debe cerrar del todo la discusión, puesto que bien se podría pensar en la manera como se puede lograr que los servidores de la Fuerza Pública aporten desde su propio régimen a la solidaridad; por ejemplo, no se encuentra razón para que ellos no aporten al fondo de solidaridad. Estos debates, sobre la manera como la Fuerza Pública puede entrar a soportar también la solidaridad general del SGP, se considera que en efecto son los debates que se pueden dar en próximos documentos que se desarrollen frente a este tema.

Conclusiones

En lo extenso del documento se ha planteado que la Seguridad Social en Colombia, a la luz del orden constitucional, es la proyección del derecho que le asiste a todo ciudadano en etapa productiva a acceder a una seguridad social, siendo este materializado a título de derecho económico y social. La garantía del ejercicio de este derecho se ha reglado conforme a dispuesto en normas que desprenden de la Ley que crea el actual SSSI, esto es, la Ley 100 de 1993, la cual a su vez enuncia unos principios taxativos que complementan el ejercicio de este derecho.

Sobre este orden normativo se establece en tanto, la concurrencia de unos principios fundamentales que son obligatorio de reconocimiento en el diseño jurídico-institucional del sistema pensional colombiano, encontrando como parte de estos, la universalidad, solidaridad, sostenibilidad fiscal, entre otros que, su desconocimiento llevaría de plano a considerar la inconstitucionalidad de las normas referidas.

Sobre la base de estos presupuestos el documento analizó la posible inconsistencia o ausencia de armonía constitucional que puede existir entre los regímenes especiales de pensiones y los principios del sistema, en especial en lo que corresponde al régimen especial de los miembros de la Fuerza Pública, en el entendido de lo injustificado que puede llegar a

ser su sostenibilidad en la actual coyuntura de preocupación fiscal del sistema pensional colombiano.

En efecto, la reflexión suscitada al respecto, llamó al debate frente a lo que sobre estos particulares han conceptuado las Altas Cortes, considerando que este no es un debate que surge hasta ahora, sino que se encuentra inscrito en el debate jurídico que sobre este tema se ha planteado desde la expedición de la Constitución de 1991, y la manera como existe allí un encuentro entre los principios del SGP, y la especialidad que se le puede asignar al reconocimiento de los derechos prestacionales de la Fuerza Pública.

En consecuencia, la investigación fijó un horizonte de reflexión socio-jurídica, a través del cual se generó un dialogo entre las fuentes del derecho necesarias para este análisis -a saber, leyes y jurisprudencia-, y las posiciones que sobre este particular se encuentran fijadas tanto en los documentos de los entes oficiales cercanos a la temática, como en el debate académico y comunidad jurídica especializada, encontrando que este no es una discusión jurídicamente zanjada.

Frente a esto, y en la vía de concluir, se planteó que existe en la actualidad una inarmonía del régimen de la Fuerza Pública frente al principio de solidaridad del SGP, toda vez que el régimen exceptuado de la Fuerza Pública representa, entre otras cosas, una alta carga fiscal. No obstante, de otra parte, se justificó esta disonancia, en el entendido de los rubros especiales que son parte de la asignación salarial y prestacional de los servidores de la Fuerza Pública, se fundamentan en el especial vínculo jurídico-institucional que reconoció el Constituyente de 1991 frente a los cuerpos de defensa armada del Estado.

De allí entonces que se plantee es una contrariedad de raíces constitucionales, toda vez que, el Constituyente reconoce una especial tarea de la Fuerza Pública para con la sociedad, pero se podría plantear que debería ser igual con los maestros o con las personas que trabajan en el área de la salud, pudiendo incluso extender ello a más labores que a criterio de cada ciudadano deberían contar con el reconocimiento de ese vínculo jurídico-institucional especial que es reconocido en este caso para la Fuerza Pública.

Lo cierto es que, por ejemplo, los maestros hasta hace algo menos de dos décadas contaban con el reconocimiento especial en materia prestacional, pero las reformas laborales y pensionales les quitaron esta especialidad, quedando en que la actualidad todo maestro del aparato educativo del Estado, accede a la seguridad social como lo hace cualquier otro trabajador, y es allí donde se cuestiona el por qué no sucede lo mismo con la Fuerza Pública, si el objeto de mencionadas reformas ha sido la saneabilidad fiscal del sistema, y el pasivo que genera este sistema prestacional de la Fuerza Pública es enorme para el Estado.

La respuesta a esta pregunta se presenta esencialmente en las enunciaciones constitucionales que se han hecho sobre el especial vínculo jurídico-institucional que comporta la Fuerza Pública para con el Estado y la sociedad, no obstante, y ello como pregunta que se debe estar tanto en la discusión de la opinión pública como la de sus representantes legislativos, es si en la Colombia contemporánea ello debería seguir siendo así.

Frente a las conclusiones de este documento, no se quiere dar una respuesta tajante al respecto, aunque, se sugiere que sí debería haber ciertas modificaciones en términos de lo que por ejemplo corresponde al aporte que puede hacer este régimen exceptuado al componente de solidaridad de todo el sistema. Más que responder entonces a la pregunta, lo que se concluye es que sí hay argumentos para dar el debate legislativo y constitucional.

En consecuencia, la reflexión final insta a proponer que se revise este debate, en lo que corresponde a la manera como se puede corregir algunas inconsistencias como la que se considera es la de la solidaridad de este régimen con otros; sugiriendo frente esto que se debería establecer condiciones para que quienes aportan al régimen especial de la Fuerza Pública, contribuyan a su vez a la solidaridad a través de, por ejemplo, que de acuerdo al grado de aportes, o en aporte total acumulado, se defina una tasa de aporte al fondo de solidaridad.

Referencias

- Avella, M. (2010). Las instituciones laborales en Colombia: contexto histórico de sus antecedentes y principales desarrollos hasta 1990. *Borradores de Economía*, 613. Bogotá: Banco de la República.
- Ayala, U. & Acosta, O. (2002). Políticas para promover una ampliación de la cobertura del sistema de pensiones en Colombia. *Serie Financiamiento del Desarrollo*, 118. Santiago de Chile: Comisión Económica Para América Latina y el Caribe [CEPAL].
- Bosch, M., Berstein, S., Castellani, F., Oliveri, M., & Villa, J. (2015). Diagnóstico del Sistema Previsional Colombiano y opciones de reforma. *Nota Técnica*, 825. Banco Interamericano de Desarrollo [BID].
- Caicedo, J. (2009). Las Fuerzas Militares del posconflicto: perspectivas y desafíos para Colombia. *Air & Space Power Journal*. Edición electrónica.
- Castillo, F. (2006). Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico. *Vniversitas*, 55(112), 111- 147.
- Cruz, C., & Ortega, A. (2010). Pensando el futuro: consideraciones sobre FFMM y postconflicto en Colombia. En: Vargas, A (ed.). *Colombia: escenarios posibles de guerra o paz*, (303-335). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Cruz, M. (2018). Adopción de un sistema pensional de pilares en Colombia: reflexiones e implicaciones. *Revista Fasecolda*, (170), 22-27.
- Defensoría del Pueblo (2012). *Informe defensorial: situación del sistema pensional en Colombia*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Duque, N., & Duque, S. P. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*, 12(1), 40-55.

- Jaramillo, M. (2018). *El régimen pensional solidario de prima media y el principio de progresividad desde la Ley 100 de 1993* (Artículo presentado como requisito para optar al título de abogada). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Henao, M. (2001). *El Fondo de Solidaridad Pensional. Informe revisado de la Consultoría para la Focalización, Cobertura y Efectividad de la Red de Protección Social en Colombia Presentado por Fedesarrollo al Banco Interamericano de Desarrollo y al Banco Mundial*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Hernández, C. (2009). Efectos del sistema multifondos en el régimen de Ahorro Individual en Colombia." *Revista de Economía del Rosario*, 12(2), 179-211.
- López, N. (2012). *Instituciones políticas y marginalidad el sistema pensional en Colombia*. (Trabajo de tesis presentado como requisito parcial para optar al grado de Magister en Ciencia Política) Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Melo, L. A., & Ramos, J. E. (2017). El gasto público en Colombia: algunos aspectos sobre su tamaño, evolución y estructura. *Borradores de Economía*, 1003. Bogotá: Banco de la República.
- Muñoz, A. I., & Esguerra, G. (2012). La pensión como derecho fundamental en el sistema de seguridad social colombiano. *Justicia Juris*, 8(2), 88-101.
- Pérez, T. H. (2011). Conflicto y posconflicto en Colombia: una mirada a la política de seguridad democrática. *Magistro*, 5(10), 129-150.
- Santamaría, M., & Piraquive, G. (2013). Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. *Archivos de Economía*, 398. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Tesillo, C. D. (2016). Importancia de la construcción de paz en un contexto de guerra: caso colombiano en el periodo 2000-2016. *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, 3(2), 130-149.
- Torres, S. J. (2016). Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones Colombia año 2016. *Revista CES Derecho*, 7(2), 55-71.

Valero, Ó. M. (2016). *Régimen de pensiones en las convenciones colectivas de trabajo*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Normatividad

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia [Const.].

Congreso de la República. (22 de julio de 2005). Acto Legislativo 01. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Diario Oficial: 45.980.

Congreso de la República. (23 de diciembre de 1993). *Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial: 41.148.

Congreso de la República. (26 de diciembre de 2003). *Ley 860. Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial: 45.415.

Ministerio de Defensa Nacional. (14 de septiembre de 2000). *Decreto «Ley» 1790. Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*. Diario Oficial: 44.161.

Presidencia de la República. (31 de diciembre de 2004). *Decreto 4433. Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*. Diario Oficial: 48.545.

Presidencia de la República. (6 de septiembre de 2012). *Decreto 1858. Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*. Diario Oficial: 48.545.

Presidencia de la República. (26 de mayo de 2015). *Decreto 1070. Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa*. Diario Oficial: 49.523.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (30 de marzo de 2011). Sentencia C-228. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Referencia: expediente D-8216.

Corte Constitucional. (20 de agosto de 2014). Sentencia C-592. Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. Referencia: expediente D-10098.

Corte Constitucional (21 de noviembre de 2007) Sentencia C-1000. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Referencia: expedientes acumulados D-6783 y D-6790.